

“Норми іноземного права в національному кримінальному процесі”

Максим Смирнов,

асистент кафедри кримінального
процесу Одеської національної
юридичної академії

У дійсний час кримінальний процес України активно взаємодіє з іноземним кримінальним процесом з істотними розходженнями в процесуальній формі, особливостях проведення процесуально-слідчих дій, критеріях допустимості доказів. Однак ця обставина не знайшла свого відображення ні в кримінально-процесуальному праві, ні в нових договорах, що укладаються останнім часом Україною, про взаємну правову допомогу по кримінальних справах.

Останнім часом світовим співтовариством розроблені і прийняті нові міжнародно-правові документи, норми яких містить рекомендації, спрямовані на врегулювання традиційних і нових форм взаємної правової допомоги по кримінальних справах¹. Практика показує, що взаємна правова допомога по кримінальних справах не має однаковості і вимагає глибокого вивчення з метою теоретичної розробки основ застосування міжнародно-правових норм у кримінальному процесі України.

Національне кримінально-процесуальне законодавство не містить яких-небудь механізмів регулювання по проблеми застосування іноземного законодавства на своїй території. Діючий КПК не передбачає процесуального порядку реалізації багатьох положень, зазначених у міжнародних договорах, що істотно ускладнить їхнє процесуальне виконання на практиці, вибір і застосування відповідної норми. Не знайшов свого законодавчого вирішення порядок звертання за допомогою до держав, з якими немає договірних відносин.

Необхідно розробити і ввести в КПК базові положення для взаємодії держав при відсутності угод про правову допомогу по кримінальних справах.

Необхідність співробітництва по кримінальних справах викликана, насамперед, потребою України в допомозі при розслідуванні і розгляді кримінальних справ, ускладнених “іноземним” або “міжнародним” елементом. Тенденція до співробітництва органів юстиції різних держав у сфері кримінального процесу неминуче спричиняє і розширення екстратериторіальної дії кримінально-процесуального права, застосування одною державою законодавства іншої держави в сфері своєї територіальної юрисдикції².

Проблема екстратериторіальної дії іноземного кримінально-процесуального права має потребу у врегулюванні на національному і міжнародно-правовому рівні. Тільки в саме останнім часом стали з'являтися роботи, присвячені окремим питанням застосування іноземного кримінально-процесуального права в сфері національного кримінального процесу (В.М. Волженкіна, О.Г. Волеводз, В.В. Мілінчук, Г.В. Дашков, Н.І. Маришева, В.П. Панов, Н.І. Пашковський, Т.С. Гавриш, О.І. Виноградова, В.М. Кудрявцев, Е.Г. Ляхів, Є.Б. Мельникова, Н.В. Наумов, А.С. Шагінян та інші).

Міжнародні договори про надання взаємної правової допомоги по кримінальних справах, за допомогою яких здійснюють видачу, визнають силу іноземного судового рішення, представники іноземної держави беруть участь у проведенні запитуваних процесуальних дій, застосовується іноземне процесуальне право, служать сприянню здійснення державою екстратериторіальної юрисдикції.

Необхідність застосування іноземного кримінально-процесуального права в провадженні по кримінальних справах може виникнути при необхідності допиту свідка, потерпілого, експерта й інших учасників кримінального процесу, що знаходяться за рубіжем. Застосування кримінально-процесуального права іноземної держави на території України обмежено окремими слідчими діями. Процесуальні слідчі дії, що підлягають виконанню, повинні бути передбачені законодавством обох договірних держав. Мінська конвенція (ст. 6) і інші міжнародні угоди України визначення обсягу процесуально-слідчих дій відносять до компетенції виконуючої сторони. Доручення слідчих або судових органів України може бути виконане в рамках передбаченого обсягу правової допомоги з державою, що виконує доручення

і при наявності в його законодавстві цієї слідчої дії. У цьому контексті важливе значення має розвиненість кримінально-процесуального законодавства договірних сторін, кожна з яких може виконати тільки такі слідчі дії при провадженні по кримінальній справі, що передбачені її законодавством. При відсутності в законодавстві запитуваної держави такої слідчої дії, може бути відмовлено у виконанні прохання компетентних органів запитуючої держави. Можливе застосування спеціальне створеного для виконання доручення прецеденту в країнах, де немає кодифікованих законів.

Справедливості заради необхідно відзначити, що по даному питанню в теорії кримінального процесу немає єдності поглядів. Так, наприклад, О.І. Бастрикін вважає, що в міжнародних відносинах державна воля може бути виражена тільки через правову норму; між державною волею і нормою права зберігаються ті діалектичні протиріччя об'єктивного характеру, що завжди існують між формою і змістом. Однак правова норма, що навіть суперечить державній волі, не може докорінно змінювати характер і спрямованість останньої. Цей закон щодо відповідності правової норми державній волі зберігає свою дію і тоді, коли правоохоронні органи держави по тим або іншим причинах застосовують норми іноземної держави. На думку О.І. Бастрикіна кримінально-процесуальні норми іноземних держав, не можуть застосовуватися тому, що вони порушують, “установлений законом процесуальний порядок боротьби зі злочинністю, виходять за межі визначених законом і прийомів ведення цієї боротьби і прямо або побічно перешкоджають ефективному регулюванню суспільних відносин при порушенні, розслідуванні, розгляді і дозволі кримінальних справ”³.

Протилежної точки зору дотримується В.М. Волженкіна. На її думку застосування іноземного закону при розслідуванні злочинів неминуче. Необхідність застосування закону договірних країн на своїх територіях складає суть надання правової допомоги при розслідуванні кримінальних справ⁴.

Не послідовною, як нам представляється, є позиція О.Г. Волеводза про питання застосування іноземного процесуального права в сфері національного кримінального процесу. Так, автор стверджує, що за умовами абсолютної більшості

багатосторонніх міжнародних договорів і відповідно до правил, встановленими усіма без винятку двосторонніми міжнародними договорами діючими в розглянутій сфері, при виконанні запитів іноземних держав застосуванню підлягає кримінально-процесуальне законодавство запитуваної сторони”⁵. Разом з тим, у всіх міжнародних договорах про надання правової допомоги міститься положення, відповідно до якого на прохання запитуючої держави, сторона, що виконує міжнародне доручення, може застосувати процесуальні норми запитуючої сторони.

Авторів варто було б визначити своє відношення до розглянутої проблеми. Тим більше, що в юридичній літературі висловлена думка, відповідно до якої “необхідність взаємного застосування закону договірних сторін на своїх територіях складає суть надання правової допомоги”⁶. Вирішення питання про механізм застосування іноземного процесуального законодавства в національному кримінальному процесі є практично актуальним у контексті рішення задач, що виникають перед інститутами відеоконференцзв’язку і трансграничного обшуку.

Застосування іноземного кримінально-процесуального права здійснюється в рамках національного законодавства і міжнародних зобов’язань держав. Більшість багатосторонніх і двосторонніх угод про правову допомогу по кримінальних справах містить загальне правило, відповідно до якого, при виконанні доручення про надання правової допомоги запитувана сторона застосовує законодавство своєї країни; на прохання запитуючої сторони вона може застосувати і процесуальні норми запитуючої Договірної Сторони, якщо тільки вони не суперечать законодавству запитуваної Договірної Сторони⁷. Це означає, що іноземне кримінально-процесуальне право діє тільки в тій мере, у якій воно не суперечить національному. Виділене курсивом застереження, фактично зводить нанівець можливість застосування законодавства іноземної держави при виконанні міжнародних доручень про правову допомогу.

Таким чином, перешкодою при наданні правової допомоги може бути протиріччя прохання запитуючої держави законодавству запитуваної. Так, якщо прохання держави містить процедуру, не передбачену законодавством держави, що виконує доручення, воно вважається суперечною її внутрішньому законодавству і

може бути відмовлено в її виконанні. При цьому норм, що зобов'язують запитувану державу виконати таке прохання, міжнародні договори не містять, так же, як і договірна сторона не може примусити суверенну державу до прийняття іншого рішення, тому що взаємодіючі держави є самостійними суб'єктами міждержавних відносин, мають власну юрисдикцію і не знаходяться в підлеглому положенні перед якими-небудь іншими державами світу.

На думку В.М. Волженкиної, суть принципу відповідності прохання запитуючої сторони законодавству держави, яка виконує прохання при наданні міжнародної правової допомоги полягає у відповідності не тільки кримінально-процесуальному законі, але і положенням будь-якого галузевого права, що можуть бути застосовані в процесі надання правової допомоги⁸. Цей принцип викликає заперечення, оскільки навіть при подібності не тільки правових систем, але і національних законодавств говорити про тотожність останніх не можна. Отже, клопотання запитуючої держави про правову допомогу не може цілком відповідати нормам матеріального і (або) процесуального права виконуючої сторони. Можливо, говорити лише про не протиріччя прохання основним принципам законодавства.

Протиріччя кримінального законодавства запитуючої держави нормам запитуваної може бути виражене в наступному: доручення про надання правової допомоги містить прохання про виконання процесуальної (слідчої) дії, не передбаченої кримінально-процесуальним правом виконуючої держави; прохання суперечить кримінально-процесуальному законодавству запитуваної сторони по колу осіб (учасників процесу) і характерові можливих обмежень їхніх прав, привілеїв і імунітетів; доручення стосується проведення процесуальної дії, які можуть бути виконаними тільки на визначеній стадії кримінального процесу (наприклад, зняття інформації з каналів зв'язку до порушення кримінальної справи).

Надання правової допомоги здійснюється на добровільній основі, при однакових повноваженнях договірних держав, дотриманні суверенітету, взаємній повазі і взаємності. Проте, при наданні правової допомоги виконуюча сторона займає визначальні позиції, оскільки їй належить право ухвалення остаточного рішення про виконання (або невиконання) доручень про проведення процесуально-

слідчих дій. Саме вона визначає обсяг правової допомоги рамками свого законодавства, розв'язує питання про можливість застосування іноземного кримінально-процесуального права в сфері своєї юрисдикції, про відповідність прохання запитуючої держави її законодавству, вирішує питання кримінального переслідування суб'єктів злочинів, правової оцінки їхніх дій, вирахування терміну давнини, а також видачі. Повноваження виконуючої сторони настільки великі, що вона може відмовити у виконанні доручення навіть при ймовірній можливості заподіяння шкоди її суверенітетові, безпеці, державним або іншим істотно важливим інтересам. При цьому в міжнародних договорах не зазначені підстави, що створюють погрозу суверенітетові, безпеці й іншим важливим інтересам країни. Тобто підставою для відмовлення є не сам факт заподіяння шкоди, що здійснився, а лише можливість настання шкоди. Рішення для відмовлення в значній мірі залежать від суб'єктивної оцінки виконуючої держави, обов'язок якої надати допомогу по кримінальній справі по клопотанню іншої держави не безумовна, що є відображенням принципу суверенітету, пріоритетності національної юрисдикції і державних інтересів.

Кримінально-процесуальний закон запитуючої держави не може відповідати законові запитуваної. Договори про взаємну правову допомогу по кримінальних справах не допускають переваги іноземного кримінально-процесуального права над внутрішньодержавним. Загальним правилом є застосування при виконанні доручень законодавства запитуючої держави, остання і визначає обсяг співробітництва. При цьому доручення може стосуватися тільки виконання прийнятого запитуючою стороною рішення, але ніяк не прийняття самого процесуального рішення. Неприпустимо клопотати про прийняття процесуальних рішень, що може бути розцінене як порушення державного суверенітету, і спричинити заподіяння шкоди самій запитуючій стороні. Запитуюча сторона може просити про застосування її кримінально-процесуального законодавства при виконанні її доручення про провадження процесуально-слідчих дій, якщо процесуальні норми цієї країни не суперечать кримінально-процесуальному законодавству запитуючої держави. Можливість застосування іноземного кримінально-процесуального права залежить

винятково від волі і розсуду запитуваної сторони. Необхідно відзначити, що мова йде про застосування кримінально-процесуального закону, що не тотожно його дії. Закон може не діяти на території України, але може бути застосований при наданні взаємної правової допомоги. Так саме як і навпаки.

Необхідність взаємного застосування закону договірними сторонами на своїх територіях складає зміст взаємної правової допомоги при розслідуванні і розгляді кримінальних справ. У таких випадках кожна зі сторін йде на взаємні уступки, поступається незначною частиною суверенітету й у рамках міжнародного договору допускає застосування на своїй території, але не дію, іноземного кримінально-процесуального закону. Таким чином, ми маємо справу з правилами про екстратериторіальне застосування кримінально-процесуального права, із правилами застосування однією державою законодавства іншої держави в сфері своєї територіальної юрисдикції.

Тенденція до співробітництва органів кримінальної юстиції різних держав у боротьби зі злочинністю неминуче спричиняє і розширення екстратериторіальної дії кримінально-процесуального права. Співробітництво здійснюється за згодою, на основі взаємності і поваги законів один одного. Отримані на прохання запитуючої сторони з застосуванням іноземного кримінально-процесуального закону зведення про факти повинні визнаватися доказами судом цієї країни й одержати оцінку допустимих. Саме в цьому контексті можна говорити про застосування іноземного кримінально-процесуального права в національному кримінальному судочинстві.

Концепція застосування іноземних кримінально-процесуальних норм у процесі надання взаємної правової допомоги по кримінальних справах повинна бути не тільки позначена в національній правовій системі, але і регламентована законодавчо. Застосування іноземного закону при провадженні по кримінальній справі повинне бути регламентовано КПК України. Статті якого про докази необхідно доповнити пунктом наступного змісту: “Зведення про факти, установлені на території іноземної держави з застосуванням кримінально-процесуального законодавства країни, що виконує доручення України на основі угоди про взаємну

правову допомогу, визнаються доказами нарівні з отриманими з застосуванням кримінально-процесуального законодавства України”.

Людина, що попадає в орбіту кримінального процесу, володіє визначеним процесуальним статусом, сукупністю прав і обов'язків, що належать йому у визначеній правовій системі. При переміщенні його в сферу дії іншої правової системи він не повинний позбавлятися своїх прав, особливо це стосується привілеїв і імунітетів. Права, у всякому разі, основні, створені в рамках однієї національної правової системи, повинні визнаватися в сфері дії іншої.

Здається, що підстава для відмовлення у виконанні доручення через протиріччя законодавства запитуючої держави законодавству виконуючої носить дискреційний характер, тому що виконання запиту буде можливим при визначених обставинах. Так, якщо необхідно допитати обвинувачуваного, що вчинили злочин на території запитуючої держави, але яке (злочин) не є таким по законодавству виконуючої сторони, а до притягнення до відповідальності інших осіб потрібні його показання, то надання правової допомоги в такій ситуації не є безумовним порушенням внутрішнього законодавства запитуваної держави. Запитувана держава у відношенні зазначеної особи не приймає рішення про його видачу, не починає ніяких дій спрямованих до притягнення його до кримінальної відповідальності, а лише надає допомогу в одержанні його показань.

Надання правової допомоги державам, з якими немає відповідних угод, повинне здійснюватися на основі взаємності при обов'язковому підтвердженні готовності співробітництва письмовим зобов'язанням Міністерства закордонних справ України, Міністерства юстиції України, Верховного Суду України або Генеральної прокуратури України. Питання про допустимість отриманих таким чином зведень про факти як доказів по конкретній кримінальній справі повинне розв'язуватися судами України.

Положення міжнародних договорів і національного законодавства в процесі надання взаємної правової допомоги по кримінальних справах повинні застосовуватися в сукупності при пріоритеті норм внутрішнього права, тому що правила міжнародних договорів носять загальний характер, не передбачають

деталізації процедур надання правової допомоги при порушенні, розслідуванні, розгляді і вирішенні кримінальних справ і не можуть без національного кримінального процесу забезпечити високу ефективність взаємодії або заповнити його пробіли.

¹ Див.: *Смирнов М.І.* Допустимість використання в кримінальному процесі свідчень анонімних свідків // Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. – Вип. 16. – Одеса: Юридична література, 2002. – С. 624-628; *Смирнов М.* Применение видеосвязи как мера обеспечения безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию, и возможность реализации в уголовном судопроизводстве права конфронтации // Підприємництво, господарство і право. – 2003. - № 5. – С. 117-120; *Смирнов М.* Применение средств видеосвязи при оказании правовой помощи по уголовным делам в сфере международного сотрудничества // Підприємництво, господарство і право. – 2003. - № 6. – С. 92-95; *Смирнов М.* Допустимість використання в кримінальному процесі показань анонімних свідків // Юридична Україна. – 2003. - № 4. – С. 34-37; *Смирнов М.* Застосування відеозв'язку при одержанні доказів по кримінальних справах у порядку надання взаємної правової допомоги (процесуальні особливості) // Юридична Україна. – 2003. - № 8. – С. 23-30.

² Див.: *Лукашук І.І., Наумов А.В.* Международное уголовное право: Учебник. – М.: Спарк, 1999. – с. 48.

³ Див.: *Бастрыкин А.И.* Взаимодействие советского уголовно-процессуального и международного права. – Л., 1986. – с. 31-36.

⁴ Див.: *Волженкина В.М.* Нормы международного права в российском уголовном процессе. – СПб.: Юридический центр Пресс; Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ, 2001. – с. 153-154.

⁵ Див.: *Волеводз А.Г.* Правовые основы новых направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса: Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук. – М., 2002. – С. 13.

⁶ Див.: *Волженкина В.М.* Нормы международного права в Российском уголовном процессе. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – с. 153.

⁷ Наприклад, у Швейцарській Конфедерації, у відповідності зі ст. 12 “Федерального закону про міжнародну правову взаємодопомогу по кримінальних справах” від 20.03.1981 р., при виконанні прохань іноземних держав по кримінальних справах застосовується виняткове законодавство Швейцарії. Див.: *Волеводз А.Г.* Правовое регулирование новых направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса. М.: Юрлитинформ, 2002. – с. 92-93.

⁸ Див.: *Волженкина В.М.* Нормы международного права в российском уголовном процессе. – СПб.: Юридический центр Пресс; Санкт–Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ, 2001. – с. 143.